

**Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec.85/2013)**

---

**Encabezamiento**

**T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.1**

**A CORUÑA**

SENTENCIA: 00794/2013

**PONENTE: D. JOSE RAMON CHAVES GARCIA**

**RECURSO NUMERO: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 85/2013**

RECURRENTE: DON Humberto

ADMINISTRACION DEMANDADA: INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

**EN NOMBRE DEL REY**

La Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

**SENTENCIA**

**Ilmos. Sres. Magistrados**

**DON BENIGNO LÓPEZ GONZÁLEZ.- Pte.**

**DON JULIO CÉSAR DIAZ CASALES**

DON JOSE RAMON CHAVES GARCIA

A CORUÑA, trece de noviembre de dos mil trece.

En el recurso contencioso-administrativo que, con el número 85/2013, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por DON Humberto , representado por la Procuradora Doña Beatriz Castro Álavarez y dirigido por la Procuradora Doña Mónica Souto Rodriguez, contra la Resolución de fecha 28/1/2013. Es parte la Administración demandada el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada y asistida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

Es ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE RAMON CHAVES GARCIA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Admitido a trámite el presente recurso contencioso-administrativo, se practicaron las diligencias oportunas y, recibido el expediente, se dio traslado del mismo a la parte recurrente para deducir la oportuna demanda, lo que se hizo a medio de escrito en el que, en el que en síntesis, tras exponer los hechos y

fundamentos de Derecho que se estimaron pertinentes, se acabó suplicando que se dictase sentencia por la que se estimase la demanda en todos sus términos.

**SEGUNDO** .- Conferido traslado a la parte demandada, se solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en la contestación de la demanda.

**TERCERO** .- No habiéndose recibido el asunto a prueba y declarado concluso el debate escrito, quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

**CUARTO** .- En la sustanciación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo la cuantía del mismo la de 570,80 euros.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**PRIMERO.** - Constituye el objeto del presente recurso, la Resolución dictada por el Director General del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 28 de Enero de 2013 por la que se desestimó el recurso interpuesto contra la nómina del mes de Diciembre de 2012, en el particular relativo a la falta de abono de la parte proporcional de la paga extraordinaria del mes de Diciembre, correspondiente al período comprendido entre el 1 de Junio y el 14 de Julio de 2012, al funcionario de la Administración de la Seguridad Social, D. Humberto . Se trata por tanto de cuestión de personal referida a las retribuciones de funcionario público, como tuvo oportunidad de afirmar en cuestión competencial similar el *Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de Mayo de 2013 (rec.20/2012 )*.

La demanda se fundamenta sustancialmente en el *artículo 9.3 de la Constitución* y su interpretación en casos similares por la *Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 14 de Diciembre de 2012* , que conduce a que no cabe privar al funcionario de la parte proporcional ya devengada correspondiente al mes de Junio y los primeros catorce primeros días de Julio.

Por el Instituto Nacional de la Seguridad Social se formuló contestación a la demanda y se adujo en primer lugar, la interpretación literal del *art.2 del R.D.207/2012* , que alude a "supresión" o "no percepción" lo que a su juicio pugna con descuentos parciales. En segundo lugar se señaló que del *art.33 de la Ley 33/1987, de 23 de Diciembre* se deriva que el devengo de las pagas extras no es diario sino que coincide con el momento de su abono por lo que entrando en vigor el R.D.Ley 20/2012 con anterioridad a la fecha de devengo acaecida el 30 de Noviembre, no se habría generado derecho a cobro alguno. Asimismo, se señaló que el derecho a cobro de la paga extra no es un derecho adquirido ya que no corresponde a una situación perfeccionada y agotada que hubiere consolidado un derecho inmune a la aplicación retroactiva de la norma ulterior. Asimismo se señaló que la retroactividad proscrita es la que afecta a los derechos fundamentales o libertades públicas de la CE que no se apreciarían en el caso analizado. Finalmente se postuló que en último caso se plantease la cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional se pronuncie al respecto.

## **SEGUNDO.-** NORMAS EN PRESENCIA

Para resolver la cuestión litigiosa hemos de partir de las claves normativas concurrentes:

2.1 En primer lugar, el **artículo 2 Real Decreto 20/2012 de 13 de julio de Medidas Para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad** , el cual dispone que:

*"El personal funcionario no percibirá en el mes de Diciembre las cantidades a las que se refiere el (...) en concepto de sueldo y trienios .*

*Tampoco percibirá las cuantías correspondientes al resto de los conceptos retributivos que integran tanto la paga extraordinaria como la paga adicional del complemento específico o pagas adicionales equivalentes del mes de Diciembre, pudiendo, en este caso, acordarse por cada Administración competente que dicha reducción se ejecute de forma prorrateada entre las nominas pendientes de percibir en el presente ejercicio a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto "*

Asimismo, la *Disposición Final Decimoquinta del RDL 20/2012* expresamente indicaba que el mismo "entrará" en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, publicación que tuvo lugar en fecha **15 de julio de 2012**.

2.2 En segundo lugar, la **Ley 2/2012 de 29 de junio de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2012** que dispone en su artículo 22.2 que : *"en el año 2012, las retribuciones del personal al servicio del sector publico no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de Diciembre de 2011"*, exponiendo a renglón seguido el detalle de las cuantías a percibir por los funcionarios del Estado, en función de su grupo, en concepto de sueldo, trienios y pagas extraordinarias.

2.3 En tercer y ultimo lugar, la **Resolución de 25 de Mayo de 2010, de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos por la que se dictan Instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios y se actualizan las retribuciones referidas a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho ejercicio (BOE 26 de Mayo de 2010), cuyo art.2.6** dispone: *"2.6. Las pagas extraordinarias de los funcionarios del Estado se devengarán el primer día hábil de los meses de junio y diciembre y con referencia a la situación y derechos del funcionario en dichas fechas, salvo en los siguientes casos:*

*a) Cuando el tiempo de servicios prestados hasta el día en que se devengue la paga extraordinaria no comprenda la totalidad de los seis meses inmediatos anteriores a los meses de junio o diciembre, el importe de la paga extraordinaria se reducirá proporcionalmente, computando cada día de servicios prestados en el importe resultante de dividir la cuantía de la paga extraordinaria que en la fecha de su devengo hubiera correspondido por un periodo de seis meses entre 182 (183 en años bisiestos) ó 183 días, respectivamente.*

*b) Los funcionarios en servicio activo que se encuentren disfrutando de licencia sin derecho a retribución en las fechas indicadas devengarán la correspondiente paga extraordinaria pero su cuantía experimentará la reducción proporcional prevista en la letra a) anterior.*

*c) En el mes en que se produzca un cambio de puesto de trabajo que conlleve la adscripción a una Administración Pública distinta de la General del Estado, aunque no implique cambio de situación administrativa, en cuyo caso la paga extraordinaria experimentará la reducción proporcional prevista en la letra a) anterior.*

*d) En el caso de cese en el servicio activo, incluido el derivado de un cambio de Cuerpo o Escala de pertenencia, la última paga extraordinaria se devengará el día de cese y con referencia a la situación y derechos del funcionario en dicha fecha, pero en cuantía proporcional al tiempo de servicios efectivamente prestados, salvo que el cese sea por jubilación, fallecimiento o retiro de los funcionarios a que se refiere la letra d) del punto 2.3 de la presente Resolución, en cuyo caso los días del mes en que se produce dicho cese se computarán como un mes completo.*

*A los efectos previstos en el presente apartado, el tiempo de duración de licencias sin derecho a retribución no tendrá la consideración de servicios efectivamente prestados.*

*Si el cese en el servicio activo se produce durante el mes de diciembre, la liquidación de la parte proporcional de la paga extraordinaria correspondiente a los días transcurridos de dicho mes se realizará de acuerdo con las cuantías de las retribuciones básicas vigentes en el mismo".*

Tal y como se infiere de la transcrita Resolución, el eje de toda aplicación del abono de las pagas extraordinarias es el principio de proporcionalidad entre servicios efectivamente prestados hasta el día en que se devengue la paga extraordinaria y la cantidad a pagar a cada concreto funcionario. Así, el legislador se cuida mucho de asegurar en toda vicisitud profesional del funcionario, la efectiva equivalencia entre servicios y la contraprestación correspondiente a paga extraordinaria .

### **TERCERO** .- RESPUESTA JURISPRUDENCIAL

3.1 Sobre la cuestión litigiosa, hemos de traer a colación el dato relativo a diversos pronunciamientos jurisprudenciales que han estimado demandas similares sin plantearse cuestiones de inconstitucionalidad, pudiendo citarse la pionera *Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Palencia de 29 de Mayo de 2013 (rec.58/2013 )*, la del *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. cuatro de Alicante de 11 de Julio de 2013 (rec.160/2013 )*, la del *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num.7 de Barcelona de 26 de Julio de 2013(rec.84/2013 )* o la del *Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número veintisiete de Madrid de 25 de Septiembre de 2013* .

Asimismo, la Sala de lo Social del *TSJ de Madrid en la sentencia de 14 de Diciembre de 2012* , dictó la sentencia estimatoria, seguida por muchas otras, caso de la *sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de 11 de Julio del 2013 (rec.: 301/2013 )*.

Por su parte, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional planteó la cuestión de inconstitucionalidad del precepto litigioso por la posible vulneración del *art.9.3 de la Constitución* , al aplicarse retroactivamente sobre la parte proporcional devengada de la paga extraordinaria de diciembre, según *Auto 16/13, de 1 de Marzo de 2013* (por todas, insistiendo en este prudente criterio, la *SAN Social de 28 de Junio de 2013, rec.158/2013* ).

3.2 En este escenario, y con carácter previo, precisaremos que la actuación de la Administración se fundamenta en la aplicación del Real Decreto-Ley 20/2012, por lo que se impone su interpretación bajo el contexto constitucional, de manera que no procederá plantear cuestión de inconstitucionalidad alguna si existe alguna interpretación que guarde armonía con las pautas constitucionales. De ahí que, tal y

como fundamentaros, podemos adelantar nuestra convicción en derecho de que la única interpretación posible bajo pautas o criterios constitucionales del *art.2 del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de Julio* es la aplicación en nómina del descuento de la paga extraordinaria minorada en la parte proporcional al período comprendido entre el 1 de Junio y el 15 de Julio de 2012 que hubiese prestado servicio o en situación asimilada el empleado público.

#### **CUARTO.- CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES**

4.1 Es sumamente relevante que el Real Decreto-Ley 20/2012 no establece disposición transitoria alguna, no fija plazo de carencia tras su publicación, ni tampoco incorpora estipulación que expresamente imponga su aplicación a hechos o situaciones jurídicas anteriores a la de inicio de su vigencia.

Ese simple dato nos lleva a alzaprimar en el presente caso el principio de seguridad jurídica ( *art.9.3 CE* ), así como la irretroactividad de normas restrictivas de derechos individuales ( *art.9.3 CE* ). En este punto somos conscientes de que la locución "derechos individuales" no podría interpretarse extensivamente comprendiendo a cualesquiera expresión de facultades que integran la esfera jurídica ciudadana pues el legislador no puede verse maniatado por sus propias decisiones anteriores, pero en el caso que nos ocupa hemos de ceñirnos a la naturaleza del derecho a la percepción de las remuneraciones por el trabajo efectivamente prestado. Este derecho a percibir la contraprestación por la labor profesional, podemos caracterizarlo como un derecho individual constitucionalmente cualificado en cuanto el derecho a la percepción de la paga extraordinaria por una labor ya prestada encaja dentro del derecho al trabajo ( *art.35.1 CE* ) y del derecho a la igualdad ante las cargas públicas ( *art.31.1* ) *pues no tratándose de una medida tributaria, si participa de la naturaleza de prestación patrimonial pública ( art.31.3 CE )* en cuanto medida confesadamente inspirada en atender la precariedad de las arcas públicas y que supone un sacrificio para un sector concreto de la población. Junto a ello, se sitúa el principio y derecho a la seguridad jurídica en la aplicación de la Ley e incluso la interdicción de la arbitrariedad ( *art.9.3 CE* ), pues una interpretación maximalista de la supresión de la paga extraordinaria conduce a que el dato temporal de la vigencia o publicación de la Ley sea irrelevante pues, *velis nolis*, su aprobación o publicación en cualquier fecha entre el 1 de Junio y el 30 de Noviembre conduciría a la privación total del concreto concepto retributivo.

4.2 Junto a ello ha de señalarse el principio de confianza legítima de cuño comunitario, pues como afirmó la *STJCE 21 de Septiembre 1983* : "*...los principios de respeto de la confianza legítima y de seguridad jurídica forman parte del ordenamiento jurídico comunitario*", de manera que "*según jurisprudencia consolidada, el principio de protección de la confianza legítima forma parte de los principios fundamentales de la Unión*" ( *STJCE 5 de mayo de 1981, Dürbeck, 112/80* , Rec. p. 1095, o la *STJUE del 24 de Marzo del 2011* ,ISD Polskasp. z o.o. y otros contra Comisión Europea (rec, C-369/09).

Tal principio, si bien se impone a la Administración por la fuerza de la propia *Ley 30/1992 en su art. 3.1* , también ha de ser traído a colación para interpretar los derechos fundamentales y libertades públicas ( *art.10 CE* ), singularmente respecto de los citados derechos a la seguridad jurídica, publicidad de las normas, derecho al trabajo e igualdad ante las cargas públicas, en aquellos casos tan singulares como el que nos ocupa, en que la confianza legítima se cualifica y robustece por el dato notorio de que tal supresión de paga extraordinaria es la primera vez que se acomete no solo

en democracia sino en toda la vida administrativa del inmenso colectivo de empleados públicos afectados, que han percibido de forma constante, periódica y regular el citado concepto retributivo. Así, quienes contaban con la legítima expectativa de su percepción lo hacían en forma robustecida con anterioridad a la publicación oficial del Real Decreto-Ley, pues la única norma anteriormente vigente era la Ley 2/2012 de presupuestos generales para 2012. Y en atención a ese amparo normativo expreso y vigente en los días 1 de Junio a 14 de Julio, tales empleados adoptaron decisiones de ámbito personal o económico que son dignas de protección por su anclaje en la mas elemental seguridad jurídica bajo la confianza legítima.

Insistimos en que el *art.26.1 de la Ley 2/2012 de 29 de Julio, de Presupuestos Generales del Estado* para el año 2012, sigue la misma senda de sus predecesoras para los ejercicios anteriores y en plena identidad con el criterio seguido por las leyes autonómicas homólogas (tanto presupuestarias como sobre función pública), todas las cuales se han cuidado siempre en su aplicación de proyectarse a situaciones posteriores a su publicación.

Viene al caso la doctrina sentada por la *STC 126/87* , que enfrentada a la constitucionalidad de la norma legal que incide sobre situaciones jurídicas no concluidas, afirma que *"la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte la seguridad jurídica y de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento-jurídico"*, seguida de las *SSTC 150/90 , 197/92 , 205/92* que utilizan como parámetro de constitucionalidad el principio de confianza legítima. En particular el Fundamento jurídico octavo de la *STC 150/90* es aplicable mutatis mutandis al caso retributivo que nos ocupa cuando establece: *"...el principio de seguridad jurídica, aún cuando no pueda erigirse en valor absoluto, pues ello daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente..., ni deba entenderse tampoco como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal... sí protege, en cambio, como antes vimos, la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad"*.

Mas recientemente el Tribunal Constitucional en su *STC, de 8 de Noviembre del 2011 ( Rec. 1827/2000 )* declaró la inconstitucionalidad de norma fiscal retroactiva afirmando: *« Ahora bien, también hemos afirmado que "la admisibilidad de la retroactividad de las normas fiscales no supone mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución" [ STC 126/1987 , FJ 9 B)]* y muy especialmente los principios de capacidad económica y seguridad jurídica.

*En particular, en los supuestos de retroactividad "auténtica" la doctrina de este Tribunal ha venido afirmando que "sólo cualificadas excepciones" podrían oponerse al principio de seguridad jurídica ( STC 197/1992, de 19 de noviembre , FJ 4), por lo que la licitud o ilicitud de la disposición y, por tanto, el sacrificio de ese principio, dependerá de la concurrencia o no de exigencias cualificadas "del bien común" [ STC 126/1987, de 16 de julio , FJ 11) o de "interés general" ( STC 182/1997, de 20 de octubre , FJ 11 d)], razón por la cual, pueden reputarse conformes con la Constitución modificaciones con cualquier grado de retroactividad cuando "existieran claras exigencias de interés general" [ STC 173/1996, de 31 de octubre , FJ 5 C)].*

*En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre otras en su Sentencia de 26 de abril de 2005 (C-376/02), caso StichtingGoedWonen contra Staatssecretaris van Financiën, donde precisamente se afirmaba que la finalidad de evitar las operaciones dirigidas a eludir las obligaciones tributarias puede constituir una justificación suficiente para una norma retroactiva (párr. 45: "Los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica no se oponen a que un Estado miembro, con carácter excepcional y con el fin de evitar que durante el procedimiento legislativo se incrementen considerablemente las operaciones financieras destinadas a minimizar la carga del IVA contra las que pretende luchar precisamente una ley de modificación, atribuya a esta ley un efecto retroactivo, cuando, en circunstancias como las del asunto principal, se ha advertido de la próxima adopción de la ley y de su efecto retroactivo a los operadores económicos que realizan operaciones económicas como las contempladas por la ley, de modo que puedan comprender las consecuencias de la modificación legislativa prevista para las operaciones que realizan)". Finalmente, hemos afirmado que las citadas exigencias de interés general "deben ser especialmente nítidas cuando la norma retroactiva de que se trate incide en un tributo como el impuesto sobre la renta de las personas físicas" [ STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13 A)]. »*

De tan clara doctrina del Tribunal Constitucional derivamos la necesidad de constar o acreditarse un interés general en la eficacia retroactiva de la norma analizada, pues es innegable que el Decreto Ley se dicta apreciando las necesidades extraordinarias y urgentes que se invocan en su Preámbulo. Lo cierto es que no está justificado en el interés general el sacrificio de la parte de retribución en concepto de paga extraordinaria generada antes de la publicación de la Ley. Insistimos en que el Decreto-Ley calla sobre las razones que pueden llevarle a esa retroactividad que, además de ser explícita en la propia norma, ha de ser justificada en atención al interés general.

Por lo expuesto, consideramos que estamos ante el sacrificio de un derecho individual cualificado por comprometer la seguridad jurídica a la luz de la confianza legítima e interdicción de la arbitrariedad.

#### **QUINTO.-** PAUTA INTERPRETATIVA OFRECIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Hemos de recordar que en relación al recorte retributivo acometido por el R.D. Ley 8/2010, de 20 de Marzo, de medidas extraordinarias para reducción del déficit, el Tribunal Constitucional rechazó la inconstitucionalidad frente a la reducción de retribuciones operada por aquél, y así en la concreta vertiente que nos ocupa, sobre el alcance de la retroactividad sobre las nóminas de los empleados públicos, la *STS de 5 de Marzo de 2012 (rec.564/2011)* - entre otras muchas similares-, cita literalmente el razonamiento del Tribunal Constitucional en el *ATC 179/2011, de 13 de septiembre*, para descartar la duda de constitucionalidad planteada en cuanto a la pretendida vulneración del art. 33 CE en cuanto que el Real Decreto-ley 8/2010 recortaría derechos económicos adquiridos de los funcionarios públicos reconocidos para toda la anualidad presupuestaria por la Ley 26/2009 de presupuestos generales del Estado para 2010.

Ese *ATC 179/2011*, dedica el importante FJ 7: *"tal argumento carece de fundamento, por cuanto la reducción de retribuciones impuesta por el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, mediante la modificación de los arts. 22, 24 y 28 de la Ley 26/2009, de presupuestos generales del Estado para 2010, lo es con efectos de 1 de junio de 2010 respecto de las retribuciones vigentes a 31 de mayo de 2010, esto*

*es, afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario, por lo que no cabe hablar de derechos adquiridos de los que los funcionarios hayan sido privados sin indemnización ( art. 33.3 CE ), ni de una regulación que afecta retroactivamente a derechos ya nacidos".*

Hay que reparar en ese importantísimo inciso que proyectado sobre aquél Decreto Ley (8/2010) conduce a afirmar su constitucionalidad, mientras que proyectado en su inequívoca formulación sobre el Decreto-Ley ahora sujeto a interpretación (20/2012) conduce derechamente a la conclusión contraria sobre la inconstitucionalidad de este último. En efecto, el Tribunal Constitucional nos ofrece la pedra de toque constitucional para verificar si hay derechos adquiridos que limiten o no la vocación retroactiva del legislador, pues afirma que no hay derechos adquiridos en la regulación que *"afecta a derechos económicos aún no devengados por corresponder a mensualidades en las que aún no se ha prestado el servicio público y, en consecuencia, no se encuentran incorporados al patrimonio del funcionario"*.

De tan clara y precisa referencia del Tribunal Constitucional se deriva que la existencia de derechos económicos adquiridos pivota sobre un doble eje. Por un lado, la referencia temporal de generación del derecho es mensual (mensualidades), y por otro lado, la referencia material que soporta el derecho es la existencia de prestación del servicio público (haber trabajado efectivamente). Y así, en el caso que nos ocupa, cabría hablar de derechos adquiridos pues la referencia para interpretar la supresión de una paga extraordinaria , ha de ser la nómina mensual y no una forzada e hipotética "segunda nómina semestral devengada el 30 de Noviembre"; y además entre el 1 de Junio y el 14 de Julio inclusive tuvo lugar servicio o prestación efectiva, sin que existiese norma alguna en contrario hasta el día 15 de Julio de 2012.

**SEXTO.-** CONSIDERACIONES LEGALES. PRINCIPIO GENERAL DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES ( *art.2 CÓDIGO CIVIL* ).

6.1 El punto de partida para interpretar las normas, leyes o Decretos-Leyes incluidos, es el *Código Civil* y particularmente el *art.2.3* que dispone : *"Las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusiesen lo contrario"*.

Por tanto, si la *Disposición Final 15ª del R.D.L. 20/2012* , pudiendo decirlo, nada dice de su aplicación retroactiva, no es aceptable una interpretación judicial extensiva de tal vigencia respecto del derecho generado en el período comprendido entre el 1 de Junio y el 14 de Julio.

Veámoslo con detalle. La singularidad del derecho afectado (la percepción de la paga extraordinaria de Diciembre) radica en que el supuesto de la norma para su percepción se integra de diversos actos parciales sucesivos (servicios prestados cada día en el período temporal comprendido entre el 1 de Junio de 2012 y el 30 de Noviembre de 2012), de manera que la norma sobrevenida y publicada en el curso de ese lapso temporal no podrá modificar los actos del supuesto realizados o agotados bajo la norma anterior, que nacieron bajo el imperio de una norma legal concreta y ésta es la que debe regir sus consecuencias. Ello sin perjuicio de que no podría considerarse retroactiva la norma legal que se proyecte sobre el resto de los actos componentes del supuesto que sobrevienen tras la publicación oficial de la Ley (o sea, sobre el período comprendido entre el 15 de Julio y 30 de Noviembre).



El Tribunal Constitucional desde la temprana *STC 6/1983* ha reforzado la garantía de irretroactividad del llamado grado medio, vetando la aplicación de la ley sobre efectos nacidos antes de la vigencia de la norma pero aún no agotados.

6.2 En efecto, hay que distinguir tres momentos. El momento de la perfección o generación del derecho. El momento de la liquidación. Y el momento del pago.

La perfección del derecho tiene lugar en cuanto transcurre tiempo de servicios efectivos o asimilados dentro del período de devengo (seis meses, entre 1 de Junio y 30 de Noviembre).

La liquidación del derecho se efectúa el 30 de Noviembre mediante el cálculo o cómputo de servicios efectivos o asimilados en dicho período.

El pago del derecho (perfeccionado y liquidado) tiene lugar en la nómina del mes de Diciembre.

Conviene recordar que el eje del "devengo", concepto de origen tributario, radica en marcar el momento en que nace la obligación de pago, lo que explica que el legislador fije el devengo de las pagas extraordinarias en Junio y Diciembre pues esa nómina será la que incorporará la obligación de pago por la Administración. Así pues, a efectos expositivos, podría afirmarse que en el caso específico de las pagas extraordinarias se produce un devengo acumulativo, parcial o a cuenta (día a día) y un devengo acumulado, total y final (al vencimiento).

6.3 Muy didáctico resulta el criterio sentado por la Sala de lo Social del *TSJ de Madrid en la sentencia de 14 de Diciembre de 2012*, se dictó la *sentencia nº 1133/2012* seguida por otras, uno de cuyos más recientes hitos es la *Sentencia del 17 de Julio del 2013 ( Rec. 1472/2013 )*:

*« A este respecto conviene recordar el significado de los siguientes términos a los solos efectos de su clarificación:*

*Devengo --día en el que se adquiere el derecho a alguna percepción o retribución por razón del trabajo, desde el que se producen los efectos.*

*Liquidación--momento en que se cuantifica (se concreta el pago total) la cantidad devengada a abonar que suele ser los primeros días (del día 1 al día 5) del mes cuando se realiza la nómina .*

*Abono--momento en que se cobra lo devengado.*

*Constando la fecha de entrada en vigor de la norma aquí examinada, el 15 de julio de 2012 y conforme la reiterada doctrina del TS (por única ST de 21 de abril de 2010 de la Sala de lo Social de la Sección Primera del Tribunal Supremo) que dice "las pagas extraordinarias constituyen una manifestación del llamado salario diferido, se devengan día a día, aunque su vencimiento tiene lugar en determinados meses del año, y su importe debe equipararse al salario regularmente percibido por el trabajador, no constituyendo meras expectativas, por lo que los trabajadores, demandantes, tienen derecho a su percepción, no pudiendo tener la norma efecto retroactivo, lo que nos lleva con estimación parcial de la demanda a condenar a la demandada I.C.A. al abono a los mismos de la suma correspondiente a esos 14 días del mes de julio ya devengados».*

6.4 Estas importantes precisiones, propias del salario del personal laboral, han de ser aplicables a las retribuciones del personal funcionario puesto que las pagas extraordinarias son un concepto retributivo troncal de todos los empleados públicos ( *art.31 del Estatuto de los Trabajadores* y 22 del Estatuto Básico de los Empleados Públicos), de manera que existe proximidad de razón en esta concreta dimensión remuneratoria entre el ordenamiento laboral y el propio de funcionarios que avala una consideración integradora del ordenamiento jurídico general, de manera que se apliquen los criterios jurisprudenciales madurados en el ámbito laboral conforme a un principio de unidad del ordenamiento.

Y es que la inequívoca naturaleza salarial o de contraprestación que posee la paga extraordinaria de los funcionarios lleva a que sean aplicables los criterios técnico-jurídicos de adquisición, devengo y abono propios del colectivo laboral. De hecho, la *Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de Julio de 1996 (rec.4526/1992 )*, revela el carácter bilateral y conmutativo de la relación de servicios: "*todo lo que percibe el trabajador del empresario es salario, que se conviene como contraprestación del trabajo realizado*".

Así pues, en el mes de Junio y los primeros catorce días de Julio, la normativa aplicable para apreciar la perfección o liquidación del derecho era la Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del Estado para 2012. El día 15 de Julio entra en vigor otra norma con fuerza de ley, el Decreto-Ley 20/2012 que será aplicable a las fases de perfección y liquidación que arranquen de dicha fecha.

6.5 En suma cuando el Decreto-Ley 20/2012 fija el descuento de "los conceptos retributivos que integran la paga extraordinaria " nos coloca ante un precepto general que no compromete ni impone una aplicación matemática y automática del descuento de la totalidad de la paga, indiferente al tiempo efectivo de servicios o que prescinde de la voluntad expresa de inicio de vigencia tras la publicación oficial. Se trata de un precepto que fija un criterio o regulación general con carácter básico para todos los empleados públicos de su ámbito, pero no impide (como en todas las normas retributivas del colectivo de empleados públicos), que exista una labor aplicativa respecto de cada empleado y la realidad de prestación de servicios de cada uno de ellos, toda vez que la nómina es el acto singularizado que aplica una misma legislación retributiva a cada empleado.

Y no se diga que el Decreto-Ley impone la supresión de la paga extraordinaria sin matices (o salvedades de proporcionalidad) pues, cuando la Ley impone el abono de la paga extraordinaria (como ha sido antes y después del Decreto-Ley cuestionado), tampoco descende a la precisión implícita de la necesidad de su abono (o descuento) proporcional. Se deja esa precisión lógica, técnica y aplicativa a las Instrucciones de la Secretaría de Estado de Hacienda o autoridad similar.

#### **SÉPTIMO.- CONTEXTO Y GRUPO NORMATIVO**

El expuesto criterio de singularización en la aplicación de la paga extraordinaria al tiempo de pago ( o proporcionalidad "ad personam") de la liquidación del derecho a la paga extraordinaria se ajusta a la praxis pacífica en gestión de nóminas con amparo legal sectorial en múltiples ámbitos:

En materia de consecuencias inherentes al disfrute de licencias o permisos no retribuidos, en que tiene lugar la deducción proporcional de las pagas extras.

En cuanto a las consecuencias inherentes a los períodos de suspensión de la relación de servicios funcional, en que tiene lugar la deducción proporcional.

En las consecuencias inherentes al ejercicio del derecho de huelga, en que tiene lugar la deducción proporcional de las pagas extraordinarias ( *art.30.2 EBEP* ).

En materia de ausencias sin justificar, en que fuera de las consecuencias sancionadoras, se aplica la deducción proporcional ( *art.30.1 EBEP* ).

No se entiende ni se ajusta a la seguridad jurídica que un mismo concepto retributivo ( paga extraordinaria ) pueda ser fraccionable y a la vez no fraccionable para un mismo legislador, ni que el mismo se aplique proporcionalmente a la hora de pagarlo y sin criterio proporcionalidad a la hora de suprimirlo . Se impone un principio de coherencia y armonía del grupo normativo regulador del régimen retributivo, especialmente si tenemos presente que un Decreto-Ley por su naturaleza excepcional no tiene por misión innovar conceptos generales o estructurales de la función pública sino utilizar instrumentalmente la referencia a los conceptos fijados por leyes ordinarias y estables.

#### **OCTAVO.- PROHIBICIÓN DE CONFISCACIÓN**

No cabe invocar una suerte de eficacia retroactiva del Decreto-Ley cuando se proyecta sobre derechos consolidados, sin indemnización. En efecto, los Decretos-Leyes tienen reconocida la posibilidad expropiatoria mediante indemnización pero no pueden llevar a cabo la ablación de un derecho consolidado, so pena de conculcarel *art. 33.3 CE* en relación con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, interpretado a la luz del *art. 10 CE* .

En suma, el desafuero de aplicar retroactivamente un Decreto-Ley que incide sobre la supresión de la paga extra consolidada, se evidencia con la sencilla hipótesis dialéctica de considerar que si el mismo hubiere sido aprobado y/o entrase en vigor el 29 de Noviembre de 2013. En tal supuesto, acogiendo la interpretación postulada por la Administración de que la paga extraordinaria toma como devengo el 30 de Noviembre ("todo o nada"), se produciría la privación en bloque de la paga extraordinaria pese a haber desarrollado el empleado su labor durante cinco meses y 29 días en la confianza de la norma presupuestaria que le reconocía el derecho a tal paga extraordinaria . Este sencillo ejemplo nos sitúa ante una actuación materialmente confiscatoria, efecto que se produciría tanto si se suprimiese la parte de paga extraordinaria adquirida con cinco meses y 29 días como si suprimiese un solo día.

#### **NOVENO.- RECHAZO DE INTERPRETACIONES QUE CONDUCEN A RESULTADOS ABSURDOS, DESPROPORCIONADOS O CONTRARIOS A LA EQUIDAD**

9.1 En efecto, de producirse la aplicación matemática del descuento de la paga extraordinaria en la nómina de Diciembre, con independencia de la consideración del tiempo de servicios efectivo al que responde, se producirían paradojas incongruentes con un Estado de Derecho que postula la igualdad como principio constitucional ( *arts.1 y 14 CE* ). A título de ejemplo basta tener presente que quien trabajó en la Administración hasta el día 14 de Junio (finalización relación temporal de interinaje, cese o baja) podría haber liquidado su derecho y cobrado en dicha fecha. Y su compañero que hubiese trabajado cinco meses mas, se hubiera visto privado de la

misma. O sea, se penaliza a quien mas trabaja respecto de quien ha trabajado menos. En suma, que quien trabajó en la Administración desde el día 1 de Junio hasta el 20 de Noviembre y quien trabajó en la Administración desde el día 14 de Junio hasta el 20 de Noviembre serían tratados de forma diferente pues se aplicaría el mismo descuento retributivo a todos ellos, diferenciando in peius a quien trabajó mas tiempo respecto a quien trabajó menos.

9.2 La Defensora del Pueblo en ejercicio de la responsabilidad que le confiere el *art. 54 CE* , y al amparo del *art. 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo (EDL 1981/2305)* , en expediente nº NUM000 y dirigida a la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en los siguientes términos:

"Que se interpreten las previsiones del Real Decreto-ley (RDL 20/2012 de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomento de la competitividad (BOE 14-07-2012) en lo referido a la supresión de la paga extraordinaria o equivalente del mes de diciembre de 2012, de acuerdo con la doctrina constitucional a que antes se ha hecho referencia, restringiendo su aplicación a la cuantía no devengada de la misma referida al momento en que se publicó la medida".

E igualmente se ha pronunciado en Resolución de la Defensora del Pueblo de 15 de octubre de 2012, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el RD-ley 20/2012, de 13 de julio, de Medidas para Garantizar la Estabilidad Presupuestaria y de Fomento de la Competitividad (EDL 2012/139425), apuntando que, al menos, una parte de la paga extra o gratificación extraordinaria suprimida corresponde a un periodo de trabajo que ya la ha devengado (página 17).

#### **DÉCIMO .-** SOBRE LA INNECESARIEDAD DE PLANTEAR CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

10.1 Tras haber examinado la cuestión con detenimiento y sana reflexión, consideramos que la cuestión de la interpretación de la Ley en su alcance (descuento total o proporcional) o en su eficacia (retroactiva o no) pertenecen a la función jurisdiccional de identificación del sentido y finalidad de la legalidad ordinaria, lo que nos releva de plantear cuestiones de inconstitucionalidad que se revelarían superfluas tanto en términos lógicos como de economía procesal, y sobre todo bajo parámetros de interpretación según el contexto constitucional. A este respecto la temprana *Sentencia de 10 de Abril de 1990 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo* , seguida por muchísimas posteriores, sentaba que *"En último término será de recordar el principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento Jurídico - art.5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-. La Constitución es un contexto dominante para todas las demás normas lo que exige que la dudas surgidas en la interpretación de ésta hayan de ser resueltas en el sentido que mejor contribuya a hacer realidad el modelo que convivencia que aquélla dibuja"*.

De ahí, que el *art. 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* establezca que *"procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional"* .

Tal imperativo nos conduce por doble vía a rechazar el planteamiento de una eventual cuestión de inconstitucionalidad.

10.2 Por un lado, el *art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012* admite una interpretación conforme a la CE, bajo el canon lógico, sistemático y finalista antes expuesto. La norma suprime la paga extraordinaria de diciembre pero referida a la paga extraordinaria no devengada, o en otras palabras a la paga extraordinaria generada tras la entrada en vigor inmediatamente ulterior a la publicación del Decreto-Ley. No afecta el Real Decreto-Ley 20/2012 a la paga extraordinaria que en el momento de entrar en vigor de la norma ya se había devengado paulatinamente con su acumulación día a día bajo la única norma entonces vigente, forma parte de la esfera de derechos económicos de los funcionarios, pendiente únicamente de su ulterior abono.

La finalidad del Real Decreto-Ley es rebajar la retribución que los funcionarios van a percibir en el futuro, no expropiando las retribuciones que éstos han devengado ya. El Decreto-Ley tiene una confesa vocación recaudatoria mediante el "ahorro en la fuente" del abono de la paga extraordinaria pero en modo alguno se atisba la voluntad de retrotraer su efecto hasta privar de los derechos económicos consolidados.

10.3 Por otro lado, la interpretación expuesta es la única interpretación que salva la conformidad con la Constitución de la medida impuesta por el citado Decreto-Ley. En efecto, si la publicación del Decreto-Ley fuese indiferente al efecto retroactivo, es evidente que la situación de "extraordinaria y urgente necesidad" que lo inspira y fundamenta su utilización (*art.86 CE*), no concurriría ya que para el demoleedor efecto retroactivo podría haberse demorado la publicación de tal norma hasta finales de Noviembre, o incluso tramitarse y aprobarse por urgencia una Ley ordinaria desde el mes de Julio hasta fines de Noviembre.

Por todo lo expuesto, consideramos que, el recurrente habría generado desde el 1 de junio de 2012 hasta el 14 de julio de 2012 un total de 1 mes y 14 días, con la consiguiente consolidación del derecho al percibo de la paga extraordinaria correspondiente a dicho periodo.

Por ello, hemos de estimar el recurso y declarar no ajustada a Derecho la resolución administrativa impugnada con el consiguiente reconocimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente a percibir la cantidad de 570,08 euros con los intereses legales hasta su efectivo abono.

#### **DÉCIMO PRIMERO.- COSTAS**

No procede imponer las costas dadas las serias dudas de derecho que inspiran la cuestión a la vista de la disparidad de criterios, de conformidad con lo establecido en el *art. 139.1 LJCA*, según la nueva redacción dada por la Ley 37/2011 de Medidas de Agilización Procesal.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de aplicación.

#### **FALLAMOS**

ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR D. Humberto FRENTE A LA RESOLUCIÓN DICTADA POR EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS) DE 28 DE ENERO DE 2013 POR LA QUE SE DESESTIMÓ EL RECURSO INTERPUESTO CONTRA LA NÓMINA DEL MES DE DICIEMBRE DE 2012, EN EL PARTICULAR RELATIVO A LA FALTA DE ABONO DE LA

PARTE PROPORCIONAL DE LA PAGA EXTRAORDINARIA DEL MES DE DICIEMBRE, CORRESPONDIENTE AL PERÍODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1 DE JUNIO Y EL 14 DE JULIO DE 2012

SE RECONOCE LA SITUACIÓN JURÍDICA INDIVIDUALIZADA DEL RECORRENTE A PERCIBIR LA CANTIDAD DE 570,08 EUROS CON LOS INTERESES LEGALES HASTA SU EFECTIVO ABONO

SIN COSTAS

Notifíquese a las partes, y entréguese copia al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, y que contra ella las personas y entidades a que se refiere el *art. 100 de la Ley 29/1998, de 13 julio*, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, podrán interponer el recurso de casación en interés de Ley del artículo citado, dentro del plazo de los tres meses siguientes a su notificación. Asimismo, podrán interponer contra ella cualquier otro recurso que estimen adecuado a la defensa de sus intereses. Para admitir a trámite el recurso, al interponerse deberá constituirse en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal (1570-0000-85-0085-13-24), el depósito al que se refiere la *Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre* (BOE núm. 266 de 4/11/09); y, en su momento, devuélvase el expediente administrativo a su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION** .- La sentencia anterior ha sido leída y publicada el mismo día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente DON JOSE RAMON CHAVES GARCIA al estar celebrando audiencia pública la Sección 001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Doy fe. A CORUÑA, trece de noviembre de dos mil trece.